

CASAMENTO E A POSIÇÃO JURÍDICA DA MULHER NO DIREITO DE FAMÍLIA ROMANO DO PERÍODO CLÁSSICO

1. Marguerite Yourcenar, nas notas do seu belo livro “Memórias de Adriano”, colheu na correspondência de Flaubert esta observação que ela diz inesquecível:

“Não existindo mais os deuses e Cristo não existindo ainda, houve, de Cícero e Marco Aurélio, um momento único, onde só o homem existiu”, É este, precisamente, o período em que se desenvolve e consolida a noção tipicamente romana de *humanitas*, palavra que, segundo Fritz Schulz, “expressa a dignidade e a grandeza da personalidade humana, que distingue o homem de todos os demais seres sobre a terra”; o valor que “compreende a educação moral e intelectual, mas também gentileza, bondade e compaixão, a contenção da própria vontade, a consideração pelos outros” (Principles of Roman Law, p. 190). A noção de *humanitas*, isoladamente, como quer Schultz, ou aliada a outras causas, seria responsável por profundas alterações nas instituições romanas, notadamente na família, que não é apenas o centro da organização doméstica e social, como também o modelo segundo o qual se desenha a estrutura política, conforme difundida e autorizada doutrina, de que Bonfante é a voz mais representativa.

Com relação a filhos ou outras pessoas que podiam integrar a família romana, como, por exemplo, as pessoas *in mancipio*, as modificações jurídicas que se verificam nesse período são incomparavelmente menos expressivas do que as relacionadas com a situação da mulher. Na verdade, ela desfrutava, no Direito Romano do período clássico, de uma liberdade raramente encontrada no mundo antigo pelas pessoas do sexo

feminino. Essa luz, entretanto, apesar de forte e vigorosa, brilhará por pouco tempo.

O direito pós clássico irá empalidecer algumas das conquistas, suprimir outras ou criar instituições que são um claro retrocesso. Na ligação entre o mundo antigo e o mundo dos nossos dias, quanto ao Direito de Família, o precioso legado do Direito Romano, tão importante na formação de diversos ramos do direito privado de numerosos sistemas jurídicos ocidentais contemporâneos, foi obscurecido pelo direito canônico medieval, que fixou as vigas mestras que ainda hoje o sustentam.

Dentre as muitas revoluções que marcaram o século XX, poucas terão o relevo da iniciada pelas mulheres, na luta pelo reconhecimento da sua igualdade, formal e material, com os homens. Não se trata, por certo, de obra acabada. É, antes, realidade imperfeita e ainda em andamento, apesar das mudanças legislativas que, aqui e ali, se produziram nos dois hemisférios e da consciência da comunidade masculina de que a sua parceira não é e não será mais, nas épocas vindouras, o ser passivo, sem opiniões, idéias ou vontade, que atravessou séculos de sujeição servil ao poder do homem. Mas não se remove tão facilmente o que tem sobre si o peso do tempo, nem se estanca de um golpe o carro da história, com toda a sua carga de preconceitos, de estereótipos, de gestos repetidos, de hábitos e comportamentos que, irracionais ou não, chegaram a cristalizar-se e deitaram fundas raízes na sociedade e na cultura dos povos. Se muito já foi feito, muito há ainda por fazer. A essa tarefa de construção do futuro talvez contribua a reflexão sobre um trecho do passado, que, se não houvesse sido interrompido em seu curso, possivelmente há muito já se teriam transformado em realidade conquistas que as mulheres só há pouco obtiveram ou que ainda estão por obter.

2. O Direito se ocupa do poder, de como se constitui, da sua estrutura e da sua partilha. Na antiguidade romana mais primitiva, a conduta das pessoas se acha limitada por duas ordens de normas perfeitamente distintas apesar dos múltiplos pontos de conexão entre elas, e que compõem, respectivamente, o *ius* e o *fas*. A primeira baliza o relacionamento dos homens entre si e a segunda as relações entre os homens e os deuses. No meio de ambas, como fator de estabilização e de disciplina social, ficam os *mores*, depois qualificados geralmente pela invocação dos antepassados, os *mores majorum*, que tanta importância têm no casamento romano, como se verá adiante. Com o correr do tempo verifica-se um processo de redução da área ocupada pelos *fas* com o correspondente aumento da abrangida pelo *ius*. Algumas normas do *fas* ou do direito divino, passam a integrar o *ius*, ou o direito humano. Muitas delas, ao se dessacralizarem, contribuem para a formação do incipiente direito penal romano, outras do direito processual, onde a ligação entre *ius* e *fas* era tão estreita, como mostra, sobretudo, a *legis actio sacramento*, e outras, ainda, se misturam ao costume (Kaser, *Das Altrömische Ius*, p. 22 e segs.).

No centro dessa moldura está a família e no centro da família o seu chefe, o *paterfamilias*. Fala Ulpiano em dois tipos de família: a família *proprio iure* e a família *communi iure* (D. 50. 16. 195.2). Por família *proprio iure* entende-se a formada pelo

chefe e pelas pessoas livres que lhe estão sujeitas; por família *communi iure* todas as pessoas descendentes, por linha masculina, de um ascendente masculino comum já falecido, ou que lhe estariam sujeitas, caso ainda estivesse vivo. A relação de parentesco que desse modo se estabelece entre os membros da família, quer seja ela *proprio iure*, quer *communi iure* chama-se *agnatio* e as pessoas são, umas com relação às outras, *agnati*. Em tempos mais remotos, a palavra família indica a totalidade das coisas e pessoas subordinadas ao poder do *paterfamilias*, como na expressão família *pecuniaque*, que aparece na fórmula do testamento *per aes et libram*. Igualmente em épocas mais primitivas existe, inclusive com importância jurídica, a grande família, a *gens*, ou seja, o conjunto de pessoas que descenderiam de um ascendente masculino comum, real ou suposto, e que têm o mesmo nome, o *nomen gentile*. Para esta exposição, a família que nos interessa é a *proprio iure* e é ela que examinaremos mais minuciosamente.

3. Integram a família aquelas pessoas que estão submetidas ao poder do *paterfamilias*. São elas:

a) A mulher, desde que sujeita ao poder, à *manus*, do marido. A partir do fim da República a regra é a de que a mulher, ao casar-se, não fique subordinada ao poder do marido, pois o casamento é geralmente *sine manu*. Parece, entretanto, que originalmente só a mulher sob a *manus* do marido era chamada *materfamilias* (Kunkel, in Jörs, Kunkel, Wenger, *Römisches Recht*, p. 63).

b) Os filhos de ambos os sexos, nascidos de matrimônio legítimo (*iustum matrimonium*) e demais descendentes por linha masculina, bem como suas mulheres, desde que o casamento fosse *cum manu*. As filhas casadas, se o casamento fosse *sine manu*, permaneciam na família de origem, muito embora os filhos que tivessem se integrassem na família do marido, caso tivessem nascido também de um *iustum matrimonium*. Na hipótese e os pais viverem em concubinato, os filhos não se integram à família paterna, mas se ligam à família materna.

c) Os filhos adotivos. Só mais tarde, sob Constantino (c.5, 27, 5), os filhos legitimados são admitidos na família.

d) Pessoas livres, recebidas *in causa mancipii*. É esta uma situação decorrente do antigo *ius vendendi* reconhecido ao *paterfamilias*. Se o filho fosse vendido *trans*

Tiberim, além do Tibre, antigo limite de Roma, o filho se tornaria escravo. Contudo, se fosse vendido em Roma, como nenhum cidadão romano poderia ser escravizado dentro dos limites da cidade, ele continuaria livre e cidadão romano, mas passava a integrar a outra família quase como se fosse escravo (*servi loco*). Como a venda se fazia pela *mancipatio*, dizia-se da pessoa nessa situação *in mancipio esse* (Gaio, 1, 116).

A família assim formada era inteiramente dominada pela figura do *paterfamilias*. Primitivamente tinha ele o direito de vida e morte (*ius vitae necisque*) sobre todos os membros da família. Dispunha, igualmente, de um poder ilimitado sobre o patrimônio da família.

Nas épocas mais recuadas, os abusos que o *paterfamilias* praticasse no exercí-

cio do seu poder sobre as pessoas que lhe estavam sujeitas não acarretavam nenhuma consequência de ordem jurídica. Tais abusos não diziam, assim, respeito ao *ius*. Alguns deles constituíam uma lesão ao *fas*. A morte dos filhos ou da mulher pelo *paterfamilias*, sem a observância de certos requisitos, como o chamamento dos vizinhos e parentes (*iudicium domesticum*), não implicava, assim, uma contrariedade ao *ius*, uma iniúria, mas seria uma lesão ao *fas*, um *nefas*. O chefe da *famnia* tornava-se, nessas circunstâncias, *homo sacer*, isto é, alguém que ofendera aos deuses e que se tornara propriedade deles para que pudessem exercer sua vingança. Como essa vingança, entretanto, poderia recair sobre todo o grupo social ao que o *sacer* pertencia, qualquer membro do grupo poderia matá-lo ou bani-lo. Com o enfraquecimento do *fas*, a morte dos filhos ou da mulher pelo *paterfamilias*, nas condições indicadas, passa a ser considerada como ilícito penal e, pois, como iniúria, entendida esta palavra no seu sentido amplo. Posteriormente, entretanto, o caráter de ilícito penal desaparece. A conduta do *paterfamilias* com relação a seus dependentes passa a reger-se pelo costume e é, desde o início da República, fiscalizada e penalizada pelos censores (Kaser, *Das Altrömische Ius*, p. 61; *Das Römische Privatrecht*, I, p. 52 e segs.).

Além desse controle externo dos *mores*, exercitado pelo censor, o qual dispõe de uma série de medidas de repercussão social ou tributária (Kaser, *Das Römische Privatrecht*, I, P. 53), há ainda um controle exercido pelos parentes e vizinhos, chamados a testemunhar que a ação do *paterfamilias* é conforme o *fas* e os costumes.

Dentro desses limites subsistia, porém, o *ius vitae necisque* do *paterfamilias* sobre as pessoas que estavam sob seu poder. A *lex Iulia de adulteriis*, do tempo de Augusto, autorizava o *paterfamilias*, expressando ao que se supõe antiga tradição, a matar a filha surpreendida em adultério, na casa paterna ou na do genro (D, 48, 5, 24). observa Mommsen que é presumível que o marido tivesse, nos tempos antigos, o direito de matar a mulher adúltera. A legislação de Augusto, no entanto, proibia que o fizesse e só Justiniano, dentro de certos limites, permitiu outra vez que assim procedesse (*Römisches Strefrecht*, p. 624; parece equivocado, neste particular, o registro de Kaser, com remissão a Mommsen, de que o marido, com a legislação de Augusto, poderia matar a mulher apanhada em adultério - *Das Römische Privatrecht*, I. 276).

Não há registro, em tempos históricos, da possibilidade de o marido vender a mulher.

A morte do *paterfamilias* ou a perda do *status libertatis* ou do *status civitatis* dava origem a tantas famílias quanto fossem as pessoas que lhe estivessem imediatamente subordinadas e que se tornam, assim, *sui iuris*: sua mulher in *msnu*, seus filhos e filhas. Os filhos e netos, estes quando descendentes de filho pré-morto, tornam-se *patres familiae*. E a mulher do falecido, assim como as filhas, formam, cada uma, uma família (Ulp. D.50, 16, 195, 5: *mulier autem familiae suae et caput et finis est*).

4. Importante para a formação do grupo familiar é o casamento. A concepção romana do casamento é completamente diferente da que conhecemos no direito mo-

dermo. O princípio da segurança jurídica está a exigir, nos nossos dias, normas jurídicas precisas que disciplinem, com exatidão, a existência, validade e eficácia (esta última sobretudo sob o aspecto pessoal e patrimonial) do casamento. Assim, há preceitos jurídicos sobre a constituição do casamento e, analogamente, sobre sua dissolução ou sobre as hipóteses, sempre discriminadas em *numerus clausus*, de separação dos cônjuges, bem como sobre os impedimentos matrimoniais. Divórcio e separação, mesmo por mútuo consentimento, não prescindem da atuação do Poder Judiciário, o qual se ocupa, também, de um número considerável de ações relacionadas com o casamento e com o Direito de Família em geral. Em sua substância, nos países ocidentais, as regras jurídicas pertinentes ao casamento são fortemente influenciadas pela moral cristã e, como já se observou, pelo direito canônico, muito embora em pontos importantes, como por exemplo na questão do divórcio, tenha se verificado sobretudo neste século, um considerável recuo dessa influência.

Em contraste com essa minuciosa regulamentação do casamento no direito moderno, o Direito Romano apresenta um conjunto extremamente reduzido de preceitos, notadamente no que se refere à existência e validade do casamento. Tais regras, por outro lado, não têm origem religiosa e não são influenciadas pela religião.

A economia de normas jurídicas é responsável por uma antiga e ainda hoje forte corrente doutrinária que vê no casamento romano uma simples situação de fato, apesar de produzir reflexos jurídicos. As teorias que assemelham o casamento à posse partem dessa idéia. Registram os autores que se ligam a essas linhas de pensamento a ausência de um momento *punctual*, de um negócio jurídico perfeitamente definido que marque o início do casamento.

O elemento fundamental e cuja existência é absolutamente imprescindível para a caracterização da existência do casamento no Direito Romano é a *affectio maritalis*. A rigor trata-se de um elemento subjetivo mas que pode exteriorizar-se pelas mais diferentes maneiras. É evidente que a *affectio* que ficou guardada no psiquismo das pessoas e que não chegou a expressar-se, de modo a permitir que fosse conhecida pelos outros, não servia para que se considerasse existente o casamento. A relativa fluidez do conceito de *affectio maritalis* é que, juntamente com outros fatores, induziu muitos romancistas a associar a esse elemento de origem subjetiva e de difícil identificação do seu início ou do seu fim, um outro, de natureza objetiva, que seria a convivência, a coabitação, cujo ato inicial, à semelhança da tomada de posse, seria a *deductio in domum mariti*, das cerimônias que geralmente acompanhavam o casamento romano. Estabelecia-se, desse modo, o perfeito paralelismo entre casamento e posse. Ambos seriam *res facti* e não *res juris*, muito embora produzissem efeitos jurídicos, e ambos teriam dois elementos essenciais, *corpus* e *animus*. O *animus* seria a *affectio maritalis* que se exteriorizava na *honor matrimonii*, no reconhecimento social da mulher como esposa, enquanto que o *corpus* seria a convivência, iniciada com a *deductio in domum*. Scialoja e Bonfante estão entre os primeiros a definir o casamento romano como a

convivência de duas pessoas de sexos opostos, dando ênfase a esse aspecto, a ponto de transformá-lo em requisito essencial do matrimônio, e Levy e Albertario entre os que com mais veemência afirmam o paralelismo entre posse e casamento no Direito Romano (Orestano, *La Struttura Giuridica dei Matrimonio Romano*, p. 64 e segs.).

Volterra (*Diritto di Famiglia*, p. 31 e segs.) e Orestano (op. cit., p. 80 e segs.) demonstraram, com argumentos irresponsáveis, que o único requisito de existência do casamento romano era, na verdade, a *affectio maritalis*. A *deductio in domum*, do mesmo modo como a *honor matrimonii*, eram meramente sinais externos, como tantos outros, retirados do costume ou da religião, que assinalavam a intenção do homem e da mulher de constituir uma comunhão de vidas, permanente e duradoura. Conquanto *affectio maritalis* e convivência andassem ordinariamente juntas, a ausência da última só poderia afetar o casamento quando fosse um indício seguro do desaparecimento da primeira.

A primazia da vontade é traduzida na máxima *consensus facit nuptias*. O que faz o casamento não é a convivência, não é a existência de relações sexuais, é o *consensus*, a *affectio maritalis*. Diferentemente do que ocorre no direito moderno e diferentemente, também, das concepções vigorantes no período pós clássico, o consenso, a vontade de ser marido e mulher ou, em duas palavras, a *affectio maritalis*, há de ser um elemento permanente em toda a relação matrimonial. Enquanto ele durar, dura o casamento; quando ele desaparecer, desaparece o casamento, sem necessidade de qualquer ato específico. A vontade, que se exprime na *affectio maritalis*, há de ser contínua. Bem por isso é que, no período clássico, inexistia o delito de bigamia. Era absolutamente impossível que alguém tivesse *affectio maritalis* por duas pessoas e ao mesmo tempo (Volterra, op. cit. p. 55).

No nosso direito, basta a vontade inicial, a intenção manifestada em ato próprio, de contrair casamento. Se após cessa a vontade de continuar casado, isso é, por si só, juridicamente irrelevante. Far-se-á necessário, para o desfazimento do casamento, além da vontade da parte ou das partes, um ato da autoridade judiciária.

Quanto ao paralelismo entre casamento e posse, é oportuno destacar, em primeiro lugar, que só talvez com relação a uma época muito primitiva seria possível afirmar que o casamento era puramente uma *res facti*, sem nenhuma relevância jurídica. Contudo, já a Lei das XII Tábuas contém disposição referente ao *usus* e à *conventio in manum*, dispondo que se a mulher permanecesse durante um ano contínuo com o marido, ficava sob a *manus* deste. Se, porém, nesse período de um ano estivesse ausente por três noites da casa do marido (*trinoctium usurpandi gratia*), interrompia-se o prazo e a *manus* não se constituía.

Na medida, porém, em que se ligam efeitos jurídicos, como ocorre, por exemplo, com a filiação, não é mais possível afirmar que se trate de situação exclusivamente fática, ou integralmente regulada pelo costume.

Deve-se entender que logo nos primeiros tempos da *civitas* ou do poder estatal,

muitos dos poderes da família e do paterfamilias ficaram intocados, continuando a regular-se pelo costume, como, aliás, já foi aqui ressaltado. O Estado vai, entretanto, progressivamente aumentando sua competência, invadindo a pouco e pouco territórios que pertenciam ao costume. Quando essa ampliação de competência se dá na área jurídica, verifica-se o crescimento do ius com o sacrifício dos mores, que dessa maneira se jurisdicizam. É isso que ocorre com o casamento romano e é isso, por igual, o que explica a frouxidão do grupo de preceitos jurídicos com ele relacionados.

De resto, como já se viu, o paralelismo é insustentável, pois nem a convivência nem a honor matrimonii são elementos que possam exercer, no casamento, o papel que o corpus exerce na posse.

Salienta Volterra, ainda a propósito da vontade ou da *affectio maritalis*, que ela “deve ser dirigida a constituir uma união monogâmica, permanente, para durar por toda a existência, tendo como escopo a formação da família, isto é, de uma sociedade doméstica para a procriação e educação dos filhos nascidos dessa união, sociedade fundada sobre as relações recíprocas de proteção e assistência” (op. cit., p. 36). Tal definição não é muito diferente da de Modestino (D. 23, 2, 1), cuja autenticidade é sustentada pela maioria da doutrina, embora alguns frisem que ela acentua mais o lado social do que propriamente o jurídico: “*Nuptiae sunt coniunctio maris et feminae et consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio*”.

Apesar de ser imprescindível que a vontade das partes, no casamento, seja a de estabelecer uma união estável e endereçada a durar toda a vida, isso não quer de modo algum significar que o casamento devesse durar para sempre. Já realçamos que ele só existiria enquanto existisse a *affectio maritalis*. Apenas dever-se-á entender com aquela afirmação que o direito não admitia, por exemplo, o casamento por experiência ou mediante prova (duas pessoas se uniriam em casamento por um ano, a fim de experimentar, digamos, se nesse período teriam filhos). A vontade de estabelecer uma união por tempo limitado desvirtua a *affectio maritalis* e impede, por consequência, que essa união seja tida como casamento. Será ela considerada, conforme as circunstâncias, ou *adulterium* (se o homem ou a mulher são casados com uma terceira pessoa) ou *stuprum* (se o homem ou a mulher não são casados) (Volterra, op. cit. p. 37).

5. Para que o homem e a mulher se unissem em *iustum matrimonium*, ou seja, para que a união produzisse efeitos jurídicos, deveriam ser observados determinados requisitos. Era indispensável, assim, que o homem gozasse do *status civitatis*, isto é, fosse cidadão romano, ou então tivessem o *connubium* com a mulher, ou seja, o direito a casar-se.

Não tinham *connubium* os escravos, razão pela qual a união com escravo ou entre escravos é chamada de *contubernium*, constituído mera situação de fato. O casamento com libertini, ou seja, com escravos alforriados, é juridicamente aceito, ainda que reprovável socialmente ou em face dos costumes.

Mas o problema do *connubium* diz respeito principalmente aos casamentos com

estrangeiros. Por vezes o Estado Romano concedia o *connubium* a cidades inteiras, embora fosse mais frequente a outorga a pessoas isoladas, como por exemplo, o faziam os imperadores do 1º e 2º séculos de nossa era, em favor dos veteranos que queriam casar-se com estrangeiras.

Com a *Constitutio Antoniniana*, de Caracalla (212 d.C.), que estendeu a cidadania Romana, perdeu o *connubium* expressão.

Só as pessoas capazes podem unir-se validamente em casamento. Exige-se, pois, que os homens sejam maiores de 14 anos e as mulheres 12 anos e sejam, ainda, mentalmente sãos.

Tratando-se de *alieni iuris*, era indispensável o consentimento do *paterfamilias*, que, pela *lex Iulia de maritandis ordinibus*, poderia ser compelido a dá-lo. A *auctoritas tutoris*, nessa época não era mais exigida.

O parentesco em linha reta ou em graus mais próximos da linha colateral (essa definição dos graus variou muito no Direito Romano) implica incesto, criminalmente punido, além de acarretar a nulidade do casamento.

Um *Senatus consultum* de Marco Aurélio e Cômodo proibiu casamento entre tutor e pupila. Foram também proibidos no império casamentos de oficiais e funcionários das províncias com mulheres que nelas habitassem.

Augusto, entre as diversas reformas políticas e sociais que promoveu, por duas leis, a *lex Iulia de maritandis ordinibus*, do ano 18 a.C. e a *lex Papia Poppaea*, do ano

9 d.C., pretendeu restabelecer os velhos costumes republicanos, estimular os casamentos e incrementar o aumento populacional, com providências que, por um lado, penalizavam os casais sem filhos ou com poucos filhos e premiavam, de outra parte, os casais com prole numerosa. Essa legislação, que só de forma muito incompleta chegou até nós, criou impedimentos matrimoniais e o dever de contrair casamentos, com sanções, neste último caso, principalmente no direito sucessório.

A *lex Iulia*, por exemplo, proibiu o casamento de cidadãos livres com determinadas classes de mulheres (D. 23.2.43 e 44), bem como o casamento de senadores ou descendentes de senadores, até 9º grau, com alforriadas ou filhas de libertas; proibiu, ainda, o casamento de pessoas pertencentes à ordem senatorial com mulheres de teatro ou suas filhas; proibido era, também, o casamento de mulher condenada por adultério.

Os casamentos contra essas disposições eram considerados inexistentes e as pessoas que neles tivessem sido partes deviam suportar as desvantagens que a lei previa para os não casados.

A *lex Iulia*, com essas normas proibitivas, deu enorme impulso ao concubinato, uma vez que as relações sexuais com as mulheres com as quais o casamento não era permitido passaram a não ser mais caracterizadas como *stuprum*. Também, a proibição, antes mencionada, de funcionários e militares casarem com mulheres residentes nas províncias onde prestavam serviço conduziu ao mesmo resultado.

6. A doutrina tradicional distingue dois tipos ou duas espécies no casamento

romano: o casamento cum manu e o casamento sine manu. Pelo primeiro a mulher saía da família de origem e ingressava na família do marido, ficando submetida ao seu poder, como se fosse filha (*loco filiae*). Menciona Aulo Gellio que só a mulher casada por essa modalidade de casamento era chamada de *materfamilias* (*Noctes Atticae*, 18, 6, 9). No casamento sine manu a mulher mantinha a situação que possuía, quanto ao status *familiae*, antes do casamento. Se vivesse o *paterfamilias*, continuaria a ele sujeita. Se não vivesse e fosse ela, portanto, *sui iuris*, permaneceria nessa condição. Pelo fato de continuar a mulher pertencendo à sua família de origem, tinha o *paterfamilias* o poder de exigir do marido a restituição da filha, mediante o interdito de *liberis exhibendis vel ducendis*, acarretando com isso a separação do casal. Somente sob Antonino Pio impediu-se a utilização daquele interdito quando se tratasse de um casamento feliz: *matrimonium bene concordans*.

O casamento sine manu não estabelecia nenhuma relação de parentesco da mulher com a família do marido, nem mesmo com os filhos que tivesse, uma vez que o parentesco era por agnação. É claro, também, que a mulher, no casamento sine manu, não tinha qualquer direito sucessório na família do marido, diferentemente do que sucedia no casamento cum manu, onde, por morte do marido, ela herdava como se fosse filha. Caso a mulher fosse *sui iures* e tivesse patrimônio, ao casar-se cum manu todos os seus bens passavam para a propriedade do marido.

A doutrina tradicional foi, entretanto, seriamente abalada pelos trabalhos de Volterra, que demonstrou que a distinção de casamento cum manu não tem nenhuma base nas fontes romanas. O casamento romano era um só, estruturado em torno da idéia e da noção de *affectio maritalis*. A doutrina tradicional identifica casamento com *conventio in manum* para dar extrair um tipo de casamento, o casamento manu, quando, na verdade, casamento e *conventio in manum* são coisas absolutamente inconfundíveis.

As referências que Gaio faz às formas de constituição da *conventio in manum* são extremamente claras, especialmente na parte pertinente ao *usus* (1, 101), ao separar o casamento da *conventio in manum*.

Diz Gaio que antigamente realizava-se a *conventio in manum* por três modos: pelo uso, pela *confarreatio* e pela *coemptio* (1, 110). Pelo uso quando por um ano contínuo as partes se mantinham unidas em matrimônio. A semelhança da posse no usucapão, o transcurso de um ano sem interrupção na situação de casada fazia com que se constituísse o poder marital, a *manus*, sobre a mulher. Se não quisesse essa consequência, deveria a mulher ausentar-se da casa do marido por três noites (*trinoctium usurpatio*), as quais presumivelmente passaria na casa paterna.

A segunda modalidade da *conventio in manum* era a *confarreatio*, que consistia numa solenidade de caráter religioso em que era oferecida a Jupiter Farreus um pão, bolo ou torta, feito com uma farinha especial (*panis farreus*), de onde deriva o nome de *confarreatio*. A solenidade exigia a presença de dez testemunhas e a participação dos

mais altos sacerdotes romanos, como os flamen Dialis e talvez o Pontifex Maximus. É de supor-se que esse ato, na sua origem, estivesse reservado aos patrícios.

A coemptio deve ter sido a forma mais comum da conventio in manum. É ela um tipo especial de Mancipatio pelo qual era a mulher alienada ao marido, originariamente mediante o real pagamento de um preço e depois apenas nummo uno, como imaginaria venditio.

Embora essas três formas de conventio in manum fossem utilizadas com frequência até o fim da República, a partir daí o casamento mais e mais se realiza sem a utilização desses modos de sujeição da mulher ao poder marital, até que rapidamente a conventio in manum praticamente desaparece, a ponto de ter que estimular-se a realização da confarratio em determinados casos, pois os flamen Dialis só poderiam ser pessoas nascidas de casamento em que tivesse havido esse tipo de conventio in manum.

O rápido desaparecimento da conventio in manum constitui um enigma histórico. Alguns atribuem a extinção sobretudo ao instituto da tutela sobre as mulheres, que competia ao agnato mais próximo. O tutor da mulher, na qualidade de futuro herdeiro desta, tinha interesse direto em que ela permanecesse ligada à família de origem, não ingressando na família do marido (Arangio-Ruiz, *Istituzioni di Diritto Romano*, p. 435). Há que valorizar, entretanto, o próprio interesse da mulher, ou em manter seu patrimônio, quando fosse *sui iuris*, ou em resguardar uma expectativa sucessória, caso fosse *alieni iuris*. No período clássico, pelo menos depois da *lex Iulia de maritandis ordinibus*, do tempo de Augusto, pode o paterfamilias ser compelido a dar seu consentimento num procedimento *extra ordinem* (Fritz Schulz, *Derecho Romano Clásico*, p. 107). A mulher *sui iuris*, nessa época, não necessita mais da *auctoritas tutoris* (Max Kaser, *Das Römische Privatrecht*, I, p. 268 nota 4). Bem se vê, portanto, que o tutor não tinha nenhum meio jurídico para impedir o casamento.

Fritz Schulz credita esse resultado à noção de *humanitas*, que estimulou o individualismo romano, reforçou consideravelmente a posição da mulher dentro do lar, quer estivesse ela sujeita à *manus marital* ou não. Na verdade, de fato, é ela igual ao seu marido, tendo uma posição muito diversa da que tinham as mulheres no Oriente ou mesmo na Grécia, onde geralmente não se sentavam à mesa com seus maridos e viviam confinadas nas dependências mais íntimas da casa, o harém ou o gineceu. É certo que juridicamente essa igualdade nunca chegou a ser plena, embora um autor antigo, como Plauto, no *Mercator* (817 e segs.) clamasse por ela, especialmente no que se referia ao adultério, que era uma conduta condenada apenas para as mulheres (Fritz Schulz, *Principles of Roman Law*, p. 195).

Fosse como fosse, o certo é que o desuso da *conventio in manum*, no período clássico, deu à mulher uma rara liberdade, também sob o aspecto jurídico, criando um regime de bens no casamento extremamente semelhante ao da separação de bens do direito moderno.

As peculiaridades do casamento romano do período clássico, vistos especialmente sob o ângulo da posição da mulher, expressam-se, em síntese, na inexistência, via de regra, do poder do marido sobre a mulher, decorrente do desuso da *conventio in manum*, na *afectio maritalis*, como único requisito do matrimônio, no divórcio e no regime total.

7. Extinguia-se o casamento pela morte, pela ausência, pela perda do status *liber-tatis* ou do status *civitatis* e, em alguns casos, pela alteração do status *familiae* (quando, por exemplo, pela adoção do genro ou da nora criava-se o que na tradição do direito canônico se chamará impedimento matrimonial) ou pelo divórcio. Marido e mulher têm, nessa época, ampla liberdade para divorciar-se. O divórcio é uma consequência de um dos princípios dominantes que rege o casamento e que afirma sua liberdade: libera matrimonia esse antiquitus placuit. Qualquer convenção que excluísse a possibilidade de separação ou estabelecesse cláusula penal para dificultá-la era considerada nula.

O direito não impõe a necessidade de um ato especial para que se formalize o divórcio ou a declaração de qualquer dos cônjuges de que queriam desfazer o casamento. Embora para o repudium fizesse comumente uso de um nuncio (*nuncium remittere*), tratava-se de mero costume.

A exigência da *lex Iulia de adulteriis*, de que fossem chamadas sete testemunhas para diante delas anunciar-se a separação não tem nenhuma eficácia constitutiva quanto ao divórcio. Ao que tudo indica trata-se de formalidade que visa a resguardar o marido, que se divorciou em razão da conduta da mulher, da acusação de lenocínio.

8. Mas o quadro do matrimônio romano do período clássico, baseado na liberdade para construir o casamento e na liberdade para desfazê-lo pelo divórcio não se entenderia bem sem a análise do instituto do dote.

O casamento em si nenhuma alteração patrimonial produzia. Os reflexos patrimoniais relacionavam-se com a *conventio in manum*. Nos casos em que a mulher ficava in manu mariti, se ela fosse *sui iuris*, todos os bens que tivesse passavam à propriedade do marido, como já foi lembrado. Nas situações, porém, em que o casamento não era acompanhado da *conventio in manum*, se a mulher fosse *alieni iuris*, continuava sob poder do chefe de sua família de origem e só por morte dele, ao tornar-se *sui iuris*, poderia ter patrimônio, devendo-lhe ser nomeado, entretanto, um tutor.

Muito cedo formou-se o costume de o paterfamilias da mulher fazer uma atribuição patrimonial ao marido, chamada dote (*dos*). A *dos profecticia*, isto é, aquela constituída pelo paterfamilias da mulher, deve ter sido, assim, o primeiro caso de dote. Sempre se entendeu que o dote era propriedade exclusiva do marido e é possível que numa época primitiva não se tivesse formado a idéia de que ele serviria para atender às necessidades da mulher, na hipótese de extinção do casamento.

No período clássico, o dote tem uma dupla função. Por um lado ele se destina a melhorar a situação patrimonial do marido e, por outro, se endereça a atender as despesas decorrentes do casamento (*onera matrimonii*), uma vez que pelo costume,

embora não juridicamente, tinha o marido o dever de sustentar a mulher.

Ao lado da dos profecticia surge a dos adventicia, isso é o dote constituído pela própria mulher ou por qualquer outra pessoa (mãe, irmão, tio) que não o paterfamilias a que a mulher estava sujeita.

No curso da República consolidou-se o dever de o marido restituir o dote, no caso de extinção do casamento. Até que o casamento se extinguisse, era o dote de exclusiva propriedade do marido. Só com o desfazimento do matrimônio pelo divórcio

é que nascia para a mulher a pretensão a exigir a restituição do dote mediante a actio

rei uxoriae. Posteriormente essa ação passou a ser cabível nas hipóteses de extinção

do casamento em geral.

Inicia-se aí todo um processo de transformação da natureza do dote em que progressivamente vai empalidecendo a concepção original de que o marido era proprietário exclusivo dos bens dotais, para transformá-lo, mais e mais, numa espécie de administrador, responsável por seus atos, a quem se proíbe alienar, em certas circunstâncias, o imóvel sem o consentimento da mulher.

Nunca houve no Direito Romano dever jurídico de constituir dote. Trata-se de um ato exigido pelos costumes e cuja ausência era motivo de perplexidade, vergonha e escândalo, tão arraigado era o hábito na tradição romana.

Objeto do dote poderia ser qualquer coisa com valor patrimonial. Os negócios jurídicos relacionados com o dote são:

a) Datio dotis - pelo qual se realiza de imediato a alienação do objeto. Em se tratando de coisas, é ela feita por mancipatio, iure cessio ou traditio;

b) Promessa de dote, a qual pode efetivar-se pela stipulatio (promissio dotis), pelo legado per damnationem ou por um negócio específico chamado dotis dictio. Este último consistia numa declaração unilateral, feita oralmente, do tipo dotis filiae meae tibi erunt sestertium milia centum.

Na hipótese de não se realizar o casamento, validamente e segundo as regras do ius civile, quem o constituía poderia utilizar-se da condictio.

Em razão da natureza do casamento romano e da plena liberdade de divórcio que existia no direito clássico, não teria sentido que, no caso da mulher ser repudiada pelo marido, ficasse ela sem qualquer recurso, nas situações em que o casamento fora acompanhado de conventio in manum. Talvez a frequência de casos de divórcio em que o marido retinha o dote explique o surgimento das cautiones dotales ou seja de estipulações feitas na constituição do dote que visavam a garantir sua restituição a mulher, se extinto o casamento. Essas cautiones dotales, que serviam como meios indiretos para que se pudesse reaver o dote, são os antecedentes da actio rei uxoriae, antes mencionada.

No período clássico, o meio judicial utilizado, via de regra, para a restituição do dote, é a *actio rei uxoriae*. Na sua fórmula, ordena-se ao juiz que decida “*quod eius melius aequius erit*”, o que abria ao juiz uma ampla área de discricção para determinar o conteúdo da prestação, assemelhando a ação às *actiones bonae fidei*. Os juristas, na interpretação da fórmula, acabaram por fixar alguns princípios que exprimiam a equidade segundo a qual o conteúdo da prestação deveria ser definido.

Assim, se a culpa pela separação fosse da mulher, tinha o marido a reter parte do dote, por diferentes motivos. Cabia-lhe, nestas circunstâncias, a *retentio propter liberos* correspondente a 1/6 do dote por filho do casal, até o valor da metade do dote e ainda a *retentio propter mores*. Neste último caso, se a falta fosse grave (*mores graviores*), a retenção seria também de 1/6 sobre o valor do dote; se fosse leve, (*mores leviores*) de 1/8. Estes direitos de retenção eram exercidos por meio da *exceptio doli*.

No caso da morte do marido, o dever de restituir o dote cabia aos herdeiros não se aplicando, entretanto, as regras sobre as retenções, relativas exclusivamente aos casos de divórcio. Quando a mulher era contemplada no testamento do marido, cabia-lhe escolher entre o dote e a vantagem testamentária.

Por morte da mulher, o dote ficava com o marido, com exceção dos casos de *dos propecticia* quando a pessoa que o constituía sobrevivesse à mulher. Tinha o marido, neste caso, direito a reter 1/5 do valor do dote por filho do casal. Se fossem cinco ou mais os filhos, retinha o marido o dote integral.

Outras retenções eram admitidas, em razão da cláusula de equidade contida na fórmula, ainda que não pudessem ser exercitadas pela *exceptio doli*: a retenção *propter res donatas*, no valor das doações feitas pelo marido à mulher, e que eram nulas pela regra que proibia as doações entre cônjuges; a retenção *propter res amotas*, no valor das coisas que a mulher, em virtude do divórcio, retirara do marido, ação que não era considerada furto; retenção *propter impensas*, no valor das benfeitorias feitas pelo marido no patrimônio dotal, no caso de serem necessárias (*impensae necessariae*) ou úteis (*impensae utiles*).

Em todos os casos, o objeto da restituição eram o dote com seus acréscimos, exceptuados os frutos, que sempre cabiam ao marido. Os bens infungíveis deveriam ser restituídos imediatamente após a extinção do casamento; os fungíveis em três anos o que, deveria relacionar-se, segundo antigos costumes, com a época das colheitas.

No caso de a separação dever-se a *mores graviores* do marido, a restituição deveria ser imediata; no de *mores leviores*, o prazo de 3 anos reduzia-se a seis meses.

O marido respondia pelos danos ou perdas dos bens dotais tanto por dolo quanto por culpa. Ele está, portanto, na mesma situação do não proprietário no caso de perda ou danificação do bem alheio o que expressa bem a idéia de que nessa época é o marido mais um administrador do que um proprietário do bem dotal.

9. A liberdade, que é a nota dominante em todo o direito matrimonial do período clássico, não é nessa época, minimamente, comprometida pelos sponsais. No direito

romano arcaico os esponsais consistem numa promessa, feita ao noivo pelo paterfamilias a que a noiva estava sujeita, de que a daria em casamento, o que era aceito pelo noivo. Utilizavam-se nessa promessa sponsiones, daí o nome de sponsalia (Aulo Gellio, *Noctes Atticae*, IV). O não cumprimento da promessa dava lugar à propositura de ação, com base na sponsio. Essa possibilidade, porém, desapareceu no início da República, adquirindo a promessa, quanto a sua exigibilidade, um caráter puramente social. Mais tarde, no período pós-clássico surge o instituto da arrha sponsalicia, de inspiração oriental e que lembra a venda da noiva, pelo qual se estabelecia uma penalidade pelo rompimento dos esponsais.

O período clássico, é, portanto, a única época do Direito Romano em que não há nenhum constrangimento ao casamento. É certo que dos esponsais resultam efeitos jurídicos, como, por exemplo, a constituição de uma espécie de parentesco, que dá margem à impedimentos matrimoniais, com reflexos também na eliminação do dever de testemunhar (Volterra, *op. cit.* p. 120 e segs.). Mas o seu rompimento é livre, e não enseja qualquer penalidade ou indenização.

10. Da descrição, ainda que sumária do conjunto das instituições romanas relativas ao casamento, no período clássico, pode-se concluir que jamais existiu outro sistema jurídico que exprimisse com melhor perfeição o sentimento humano, na união legítima entre o homem e a mulher. A liberdade que existia na constituição e na extinção do casamento, comandadas exclusivamente pela existência da *affectio maritalis*, que ao fim e ao cabo não é outra coisa do que a existência do amor, exteriorizado em atos e fatos concludentes, levou muitos autores a pensar que essa seria precisamente uma das causas da decadência e da dissolução dos costumes romanos. Os próprios autores latinos fizeram a caricatura, ácida e sarcástica, do casamento, ao destacar a facilidade com que ele era desfeito, as razões frívolas dos divórcios, o impressionante número de sucessivos casamentos. Plauto, Terêncio, o próprio Cícero que se divorciou mais de uma vez, Sêneca e Marcial, entre muitos outros, criticaram de diferentes maneiras o casamento romano. Sêneca refere o caso de senhoras da mais alta sociedade que contavam os anos, não pelos cônsules, mas pelos maridos. Marcial lembra uma certa Telesilla, que em 30 dias trocou 10 vezes de marido, concluindo o autor latino que não se tratava de um casamento mas de um adultério permitido pela lei.

Mas se a crônica dos costumes romanos está repleta de mulheres dissolutas, não é menos exato que nenhum outro povo do passado apresenta figuras femininas tão marcantes, pela virtude, pela correção e pela bravura moral.

É grande, também, o número de homens célebres romanos que se divorciaram, muitas vezes por bem pobres razões e mesmo sem mencionar nenhuma. São exemplos, além de Cícero, Silla, Pompeu, César, Bruto, Marco Antônio e o próprio Octávio Augusto, apesar deste haver tentado restabelecer os velhos valores republicanos, como vimos há pouco. (Sobre tudo isso, Volterra, *op. cit.*, p. 193 e segs.). Não se pode esquecer, entretanto, que essas separações estrepitosas aconteciam, como ordinariamente

ainda ocorre, nas camadas mais altas da sociedade. Com relação aos demais, as coisas se passavam diferentemente e a prova disso é que as noções básicas que sustentam o matrimônio romano no período clássico subsistiram no império cristianizado, não sendo substituídas em sua essência pelos princípios da nova religião. *Affectio maritalis* e divórcio, com todas as modificações e restrições que sofrem no período pós-clássico, são idéias que, pode-se dizer, atravessam toda a história do Direito Romano.

O que é certo, porém, é que nunca a mulher teve tanta liberdade e se aproximou tanto da igualdade com o homem como no Direito Clássico Romano. Só, talvez, no tratamento jurídico do adultério as diferenças sejam mais gritantes.

Mesmo uma crítica severa da condição feminina nos vários períodos da história humana, como Simone de Beauvoir, reconhece a liberdade das matronas romanas no período clássico, não sujeitas ao poder marital, donas do seu patrimônio, podendo divorciar-se quando quisessem e exigir de imediato restituição do dote. A censura que faz Simone de Beauvoir é que essa liberdade era inútil, uma vez que se negava à mulher a participação na vida pública romana. (*O Segundo Sexo*. 1, p. 116).

Ninguém, a nosso ver, melhor do que Fritz Schulz, compreendeu o sistema matrimonial romano do Direito Clássico. São dele estas palavras memoráveis: “O direito clássico do matrimônio é sem dúvida alguma a obra mais impressionante do gênio jurídico de Roma. Já nos primeiros tempos da história da civilização apareceu um direito matrimonial humano, isto é, baseado na idéia humana do matrimônio concebido como união livre e dissolúvel em que vivem ambos cônjuges em pé de igualdade. Os historiadores, inclusive os historiadores do Direito, imbuídos de idéias religiosas e patriarcais não conseguiram entender a origem verdadeira e o autêntico caráter do direito matrimonial clássico e o consideraram, antes, como um sinal de decadência e desmoralização. ‘No último século da República romana’, declarava Jhering em 1880, ‘o matrimônio tradicional romano, em que a mulher se achava *in manu mariti*, decresceu de modo considerável e embora continuasse existindo a *manus mariti*, tornou-se esta uma mera ficção. Os homens melhores, longe de ver nisso um progresso, entenderam, acertadamente, que se tratava de um sinal de degeneração nos costumes’. Como representantes desses ‘homens melhores’ citava Jhering o velho Catão, o censor, com quem um marido tão patriarcal como Jhering havia de simpatizar, naturalmente. As apreciações de Jhering são as dominantes na atualidade. O Direito clássico não foi criado por libertinos ou pessoas licenciosas, mas pelo que havia de melhor na sociedade romana e não foi o casamento assim concebido um sinal de perversa decadência, mas uma prova do sentido humano de Roma” (*Derecho Romano Clásico*, p. 100).

E concluo com as palavras da grande romancista:

“O Direito Romano do matrimônio supera a sua época e constitui ainda hoje uma força viva”.